

Objet : Projet de loi n°7168 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale et portant modification

- 1) de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;
- 2) de la loi modifiée du 29 mai 1998 portant approbation de la Convention sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (convention Europol), signée à Bruxelles, le 26 juillet 1995 ;
- 3) de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police ;
- 4) de la loi du 20 décembre 2002 portant approbation - de la Convention établie sur base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, signé à Bruxelles, le 26 juillet 1995; - de l'Accord relatif à l'application provisoire entre certains Etats membres de l'Union européenne de la Convention établie sur base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes, signé à Bruxelles, le 26 juillet 1995 ;
- 5) de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la classification des pièces et aux habilitations de sécurité ;
- 6) de la loi modifiée du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle ;
- 7) de la loi du 24 juin 2008 ayant pour objet le contrôle des voyageurs dans les établissements d'hébergement ;
- 8) de la loi modifiée du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire ;
- 9) de la loi modifiée du 19 décembre 2014 facilitant l'échange transfrontalier d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière ;
- 10) de la loi du 25 juillet 2015 portant création du système de contrôle et de sanction automatisés ;
- 11) de la loi du 5 juillet 2016 portant réorganisation du Service de renseignement de l'État, et
- 12) de la loi du 23 juillet 2016 portant mise en place d'un statut spécifique pour certaines données à caractère personnel traitées par le Service de renseignement de l'État. (4911SBE)

*Saisine : Ministre de la Justice
(10 août 2017)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de loi sous avis, déposé par le Ministre de la Justice en vue de transposer en droit luxembourgeois la directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016¹ relative à la protection des données à caractère personnel en matière pénale (ci-après, la « Directive 2016/680 ») a principalement pour objet d'établir des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales et implique parallèlement des modifications ponctuelles concernant douze lois.

Pour la bonne compréhension des considérations générales développées dans le cadre du présent avis à propos du projet de loi sous rubrique, il est utile de revenir sur le nouveau « paquet européen » sur la protection des données, qui a été adopté par le Parlement européen et le Conseil le 27 avril 2016 et dont fait partie la Directive 2016/680, qui doit entrer en vigueur le 25 mai 2018.

Le paquet européen sur la protection des données

Initiée en 2012 par la Commission européenne afin d'adapter les règles à l'évolution technologique et sociétale des deux dernières décennies, la réforme du cadre juridique européen existant a donné naissance à un « paquet européen » sur la protection des données, adopté le 27 avril 2016, qui se compose du règlement relatif à la protection des données², communément désigné « RGPD », qui détermine le régime général de la protection des données, et de deux directives qui traitent spécifiquement de la protection des données en matière pénale.

A. Le régime général de la protection des données : le RGPD

Dans un souci d'harmonisation au niveau européen, l'Union européenne a décidé de recourir à un règlement, le RGPD, pour fixer le régime général de la protection des données. Ainsi, tous les traitements de données relèvent par principe du RGPD sauf exceptions.

Le RGPD entrera en vigueur dans tous les Etats de l'Union européenne le 25 mai 2018 en abrogeant simultanément la Directive 95/46/CE sur laquelle repose le régime actuel. Par sa nature et contrairement à une directive, le RGPD a vocation à entrer en vigueur automatiquement, c'est-à-dire sans que des mesures de transposition nationales soient nécessaires.

¹ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE.

Néanmoins, pour bien comprendre les règles qui seront applicables au Luxembourg à compter du 25 mai 2018, le RGPD devra se lire ensemble avec le projet de loi n°7184 dont l'objet principal est de porter création de la Commission nationale pour la protection des données (ci-après, la « CNPD ») et mettre en œuvre le RGPD³ (ci-après, le « Projet de loi n°7184 »). Ce projet de loi fait l'objet d'un avis distinct de la Chambre de Commerce du 5 février 2018.

B. Les régimes spécifiques : la protection des données en matière pénale

En complément du RGPD, l'Union européenne a par ailleurs adopté le 27 avril 2016 deux directives portant plus spécifiquement sur la protection des données en matière pénale.

Il s'agit tout d'abord de la **directive (UE) 2016/680 relative au régime de la protection des données à caractère personnel en matière pénale** (qui a vocation à abroger et remplacer la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil⁴ qui fixe le régime actuel en la matière) dont la transposition⁵ est assurée par le projet de loi sous avis.

Il s'agit ensuite de la **directive (UE) 2016/681 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers** (PNR⁶) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière. Au Luxembourg, la transposition⁷ de cette directive doit quant à elle être assurée par le projet de loi n°7151 relative au traitement des données des dossiers passagers dans le cadre de la prévention et de la répression du terrorisme et de la criminalité grave, qui a été déposé par le Ministre de la sécurité intérieure (ci-après, le « Projet de loi n°7151 relatif au PNR »), pour lequel la Chambre de Commerce a déjà émis un avis en date du 13 décembre 2017.

Considérations générales

Etant donné que le projet de loi sous avis qui transpose la Directive 2016/680 définit un régime résiduaire de protection des données par rapport au régime général prévu par le RGPD, le premier ne peut pas se lire sans le second. La Chambre de Commerce sera donc amenée à faire des références au RGPD ainsi qu'au Projet de loi n°7184 dont il porte mise en œuvre au long des Considérations générales du présent avis.

³ Projet de loi n°7184 portant création de la Commission nationale pour la protection des données et la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, portant modification de la loi du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'Etat et abrogeant la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Ce projet de loi a été déposé par le Ministre de la communication et des Médias

⁴ Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale

⁵ Le délai de transposition de la Directive (UE) 2016/680 est fixé au 6 mai 2018 au plus tard.

⁶ « PNR » signifie « Passenger Name Records ».

⁷ Le délai de transposition de la Directive (UE) 2016/681 est fixé au 25 mai 2018 au plus tard.

Comme l'expliquent les auteurs dans le commentaire des articles, le rapport entre le RGPD et la Directive (UE) 2016/680, et donc entre le RGPD et les dispositions sous avis, est celui d'une « *lex generalis* » par rapport à une « *lex specialis* »⁸. C'est sur cette dualité de droit applicable (A) qui se double d'une dualité d'autorité de contrôle compétente (B) que la Chambre de Commerce entend particulièrement prendre position.

A. Concernant la dualité de droit applicable (loi générale et loi spéciale)

La Chambre de Commerce comprend que les traitements de données à caractère personnel relèvent du régime général (RGPD et Projet de loi n°7184) sauf si deux conditions sont remplies qui justifient alors l'application du régime résiduaire de la future loi transposant la Directive (UE) 2016/680, et donc du projet de loi sous avis. Pour cela, il faut que les données soient traitées:

- 1) **par une « autorité compétente »** au sens de la Directive (UE) 2016/680 telle que définie à l'article 3, point 7) du projet de loi sous avis, c'est-à-dire « *toute autorité publique compétente pour la prévention et la détection des infractions pénales, les enquêtes et les poursuites en la matière ou l'exécution de sanctions pénales y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique* », et
- 2) **pour une des finalités** visées à l'article 1^{er} du projet de loi sous avis, c'est-à-dire « *à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces, de même que la protection contre les menaces pour la sécurité nationale et la prévention de telles menaces* » ainsi qu' « *en exécution des missions de police administrative prévues par la loi modifiée du 31 mai 1999 (...), des missions de la Police prévues par la loi du 24 juin 2008 (...), des missions de la Cellule de renseignement financier et de l'article 71 du Code pénal* ».

Le projet de loi précise en outre qu'il s'applique aux traitements de données à caractère personnel effectués par le Service de renseignement de l'Etat et par l'Armée luxembourgeoise dans l'exécution de leurs missions légales respectives⁹.

La Chambre de Commerce relève que les auteurs ont fait le choix d'inclure dans le projet de loi sous avis les matières de la sécurité nationale et de la défense dans le silence de la Directive 2016/680 (alors qu'elles sont exclues du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Elle souscrit pleinement aux arguments avancés par les auteurs selon lesquels une telle décision relève de la compétence propre de chaque Etat membre alors que, sur le fond, il serait difficilement concevable qu'une matière aussi sensible que la sécurité nationale et la défense du point de vue de la protection des données à caractère personnel soit dépourvue d'un cadre légal national¹⁰.

⁸ Cf. commentaire sous l'article 1^{er} du projet de loi sous avis, spécialement page 44 du projet de loi

⁹ Cf. la loi du 5 juillet 2016 portant réorganisation du Service de renseignement de l'Etat et la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire

¹⁰ Pour ces mêmes raisons, la législation actuelle (loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel) couvre également ces deux matières.

Avant de revenir sur les conditions qui seront à examiner pour justifier l'application du régime résiduaire, la Chambre de Commerce souligne d'emblée que ces dispositions, de l'aveu même des auteurs¹¹, ne constituent pas une disposition introductive dépourvue de valeur normative mais constituent **une disposition essentielle devant, le cas échéant, faire l'objet d'une interprétation afin de savoir si un traitement de données à caractère personnel relève du RGPD ou de la future loi transposant la Directive (UE) 2016/680** (actuellement le projet de loi sous avis).

Le volet « *exécution de sanctions pénales* », qui fait partie des finalités de traitement de données à caractère personnel prévues à l'article 1^{er} du projet de loi sous avis, illustre très bien ce commentaire.

Les autorités judiciaires¹² sont à considérer comme étant des « autorités compétentes » au sens du projet de loi sous avis, de sorte que le traitement de données à caractère personnel effectué par ces autorités aux fins de l'exécution des sanctions pénales relève également du champ d'application de la future loi.

Quant à l'administration pénitentiaire, elle sera soumise tantôt aux dispositions du régime général, tantôt à celles de la future loi transposant la Directive 2016/680 (actuellement le projet de loi sous avis) **en fonction de la finalité exacte du traitement de données à caractère personnel :**

- s'il s'agit de données que l'administration pénitentiaire traite pour mettre en œuvre les décisions prises dans le cadre de l'exécution des peines, les dispositions de la future loi seront d'application ;
- en revanche, s'il s'agit de traitements de données à caractère personnel ayant comme finalité la simple gestion des centres pénitentiaires, comme par exemple la gestion des badges d'entrée ou des visiteurs, le régime général sera d'application.

B. Concernant la dualité d'autorités de contrôle compétentes

Actuellement, en vertu de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après, la « Loi modifiée du 2 août 2002 »), coexistent deux autorités de contrôle en matière de protection des données :

- d'une part, la CNPD qui, en tant qu'autorité de contrôle de droit commun est compétente pour toute matière sauf disposition légale contraire ;
- d'autre part, une autorité spécifique en matière pénale, de sûreté de l'Etat, de défense et de sécurité publique, prévue par l'article 17 de la Loi modifiée du 2 août 2002, communément appelée « Autorité article 17 ».

Or, suite à l'adoption du paquet européen sur la protection des données, le projet de loi sous avis procède à une **réorganisation des autorités de contrôle :**

¹¹ Cf. commentaire des articles, spécialement sous l'article 1^{er} du projet de loi sous avis

¹² Telles que prévues par le projet de loi n° 7041 portant réforme de l'exécution des peines

- en attribuant à la « nouvelle CNPD » (créée par le Projet de loi n°7184) une **compétence générale¹³ pour veiller au respect des principes de protection des données, y compris les traitements de données effectués en matière pénale et sécurité nationale** tombant dans le champ d'application du projet de loi sous avis¹⁴ ;
l'« Autorité article 17 » instituée par la Loi modifiée du 2 août 2002 sera, quant à elle, supprimée avec l'abrogation de ladite loi ;
- en créant, par dérogation à la compétence de principe de la CNPD, une « autorité de contrôle de la protection des données judiciaires » désignée comme « autorité de contrôle judiciaire »¹⁵, qui sera désormais compétente pour veiller sur tous les traitements de données à caractère personnel effectués par les juridictions de l'ordre judiciaire (y compris le ministère public) et de l'ordre administratif dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, quelle que soit la finalité de ces traitements¹⁶ ;
la Chambre de Commerce souligne que cette autorité de contrôle judiciaire se verra octroyer des pouvoirs semblables à ceux reconnus à la CNPD (pouvoirs d'enquête et du pouvoir d'adopter des mesures correctrices¹⁷) en vertu respectivement du présent projet de loi et du RGPD¹⁸.

La Chambre de Commerce salue particulièrement cette seconde mesure qui sur le fond permettra de pallier une lacune du dispositif législatif actuel. Elle comprend en effet que les données judiciaires bien que couvertes par la Loi modifiée du 2 août 2002 ne sont aujourd'hui soumises au contrôle d'aucune autorité indépendante pour veiller à une application correcte de ses dispositions.

Cette lacune issue originellement de la directive 95/46/CE¹⁹ est désormais comblée par le paquet européen puisque le RGPD couvre les données à caractère personnel traitées par les juridictions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, civiles et administratives et que la Directive 2016/680 (et donc le projet de loi sous avis) couvre les données à caractère personnel traitées par les juridictions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles pénales.

La Chambre de Commerce comprend en outre, à la lumière du commentaire des articles, que le choix de confier ce contrôle à une autorité distincte de la CNPD est justifié par

¹³ La CNPD surveille également les traitements des données des dossiers passagers dans le cadre de la prévention et de la répression du terrorisme et de la criminalité grave tombant dans le champ d'application du Projet de loi n°7151.

¹⁴ Cf. article 10 du Projet de loi n°7168 et article 40 du projet de loi sous avis

¹⁵ L'article 40 du projet de loi sous avis désigne la CNPD comme « autorité de contrôle administrative ».

¹⁶ Cf. article 41 du projet de loi sous avis

¹⁷ L'autorité de contrôle judiciaire disposera du droit d'accéder à toutes les données à caractère personnel ; du pouvoir de prendre des décisions telles que l'avertissement, la limitation ou l'interdiction temporaire ou définitive de procéder à un traitement, la décision de verrouiller, d'ordonner la rectification ou l'effacement des données faisant l'objet d'un traitement illégal.

¹⁸ Cf. article 44 du projet de loi sous avis qui renvoie à l'article 58 du RGPD pour les pouvoirs de l'autorité de contrôle judiciaire en cas d'application du régime général

¹⁹ Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données que la Loi modifiée du 2 août 2002 a transposé au Luxembourg

le souci de préserver l'indépendance de la justice et de respecter le principe de séparation des pouvoirs (judiciaire et exécutif) alors que les autorités de contrôle en matière de protection des données à caractère personnel relèvent toujours directement ou indirectement de la sphère de compétence du pouvoir exécutif, même si des règles garantissent leur indépendance.

Il est finalement utile de revenir plus longuement sur les conditions qui justifieront la compétence de la nouvelle autorité de contrôle judiciaire, par dérogation à celle de la CNPD.

A la lumière des explications et illustrations fournies par les auteurs du projet de loi, la Chambre de Commerce comprend que lorsque le projet de loi sous avis précise que cette autorité doit veiller sur tous les traitements de données à caractère personnel effectués par les juridictions de l'ordre judiciaire²⁰ et de l'ordre administratif, cela inclut les traitements de données à caractère personnel effectués par les juridictions « non-pénales » de l'ordre judiciaire, telles que notamment les juridictions civiles, commerciales, du droit du travail, de la sécurité sociale.

De même, lorsque le projet de loi sous avis précise que la nouvelle autorité de contrôle judiciaire doit veiller sur tous les traitements de données à caractère personnel effectués par les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles²¹, il vise les traitements de données à caractère personnel opérés dans le cadre de la prise d'une décision juridictionnelle prévue par la loi (tel que le traitement de données à caractère personnel effectué par une juridiction et son greffe pour désigner correctement les parties au litige dans le jugement). Par contre, le traitement de données à caractère personnel effectué par une juridiction pour gérer, par exemple, les candidatures lors d'un recrutement ou encore les badges d'accès relèvera de la compétence de la CNPD car il s'agit de traitements à caractère purement administratif.

En conclusion, la Chambre de Commerce relève que le paquet européen sur la protection des données tel que décliné au Luxembourg par le Projet de loi n°7184 et le projet de loi sous avis, bouleverse de nombreuses règles en mettant en place de nouveaux critères respectivement de nouvelles conditions pour déterminer d'une part le droit applicable (régime général ou régime d'exception) à tel type de traitement de données et, d'autre part, l'autorité de contrôle compétente (CNPD ou autorité de contrôle judiciaire).

Etant donné que la détermination du droit applicable ne permet pas de conclure d'emblée à la compétence d'une autorité de contrôle et inversement, l'exercice à effectuer au cas par cas sera extrêmement complexe même si la CNPD est confortée dans son autorité de contrôle de droit commun pour veiller à la bonne application du régime général et du régime applicable en matière pénale. Dans ce contexte, la Chambre de Commerce s'interroge sur de potentiels risques de conflits quant au droit applicable ou quant à l'autorité de contrôle compétente.

²⁰ Texte souligné par la Chambre de Commerce

²¹ Texte souligné par la Chambre de Commerce

Commentaire des articles

La Chambre de Commerce s'attachera tout particulièrement à commenter les dispositions de l'article 49 du projet de loi sous avis qui traitent des sanctions encourues en cas de non-respect des nouvelles obligations découlant de la future loi en les mettant en perspective avec les autres projets de loi, plus amplement décrits ci-avant, qui ont vocation à décliner le paquet européen en matière de protection des données, à savoir le Projet de loi n°7184 (mettant en œuvre le RGPD) et le Projet de loi n°7168 (en matière pénale).

Concernant l'article 49, paragraphe 1

Etant donné que le paragraphe 1 de l'article 49 fait référence aux sanctions et astreintes prévues aux articles 49, 50 et 53 de la future loi portant création de la CNPD et du régime général sur la protection des données (actuellement le Projet de loi n°7184), la Chambre de Commerce renvoie aux commentaires qu'elle a développés dans l'avis se rapportant audit projet de loi pour rappeler plus particulièrement qu'elle émet de sérieuses réserves quant à la possibilité pour la CNPD d'assortir ses injonctions d'astreinte.

Concernant l'article 49, paragraphe 2

La Chambre de Commerce renvoie également aux commentaires qu'elle a développés dans l'avis qu'elle a déjà émis en date du 13 décembre 2017 sur le Projet de loi n°7151 relatif au PNR, dans lequel elle s'interroge concernant l'articulation des dispositions de l'article 37 du Projet de loi n°7151 relatif au PNR avec celles de l'article 49, paragraphe 2 du projet de loi sous avis (les premières constituant une reformulation simplifiée des secondes).

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le présent projet de loi sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

SBE/DJI